

## OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

CÁSSIO HENRIQUE AFONSO DA SILVA  
Oficial do Ministério Público

### 1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é verificar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal em face da inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição pela EC 45/2004, dispondo sobre a incorporação, na ordem interna, dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A discussão não é nova, tendo gerado grande embate doutrinário por ocasião da promulgação da referida Emenda, quando então se levantaram dúvidas acerca da própria constitucionalidade do dispositivo acima apontado.

Na prática, o que se verifica em matéria de incorporação de tratados de direitos humanos ao direito interno é a existência de um descompasso entre a jurisprudência e o que pensa a maior parte da doutrina. Como se sabe, a Constituição de 1988 tendeu, a esse respeito, para a teoria dualista, que considera como autônomas as ordens jurídicas interna e externa. Por isso, os tratados celebrados pelo Presidente da República na forma do artigo 84, VIII, estão sujeitos à aprovação pelo Congresso Nacional, (cf. artigo 49, I) que, se for o caso, edita um decreto legislativo (cujo *quorum* de aprovação é semelhante ao das leis ordinárias) autorizando o Presidente da República a ratificá-los.

Entretanto, o parágrafo 2º do artigo 5º do Texto Constitucional também contém uma disposição acerca dos tratados, dispondo que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Com base em tal dispositivo, parte da doutrina, sobretudo a mais afeta ao Direito internacional, abraçou a tese de que, em matéria de tratados de direitos humanos,

a Constituição adotou a teoria monista, sendo tais tratados automaticamente incorporados ao ordenamento jurídico interno com o *status* de normas constitucionais, e não infraconstitucionais, como ocorre com os demais tratados.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, assim não entendeu, mantendo, mesmo para os tratados de direitos humanos incorporados na forma do parágrafo 2º do artigo 5º a posição de que não têm caráter de norma constitucional e sim de lei ordinária.

A questão que mais desafiou aquele Tribunal sobre esse tema relaciona-se ao problema da prisão do depositário infiel, admitida pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição.

Ocorre que a ratificação pelo Brasil, em 1992, do Pacto de São José da Costa Rica (também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos) instaurou um conflito entre a ordem interna e a externa, uma vez que o Pacto, em seu artigo 7.7, dispõe que *somente se aceitará a prisão do devedor de alimentos*, impedindo assim a prisão do depositário infiel.

Conforme Éric Alexandre Lavoura Lima,

Uma celeuma instaurou-se acerca da persistência (ou não) da possibilidade de decretação da medida coercitiva de prisão em relação ao depositário infiel. Na doutrina e na jurisprudência houve intenso embate de idéias, existindo, de um lado, aqueles que sustentaram a natureza materialmente constitucional das normas humanitárias do pacto de São José da Costa Rica, por força do art. 5º, § 2º, da Carta da República, e, de outro, os que defendiam o status infraconstitucional da matéria, tendo em vista que o procedimento de internalização da regra internacional se assemelhava ao procedimento legislativo da lei ordinária. (LIMA, 2007, p. 220).

No entanto, a tese que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal foi pela possibilidade de prisão do depositário infiel.

Assim, em vários julgamentos envolvendo a questão relativa à prisão do devedor fiduciário, o STF decidiu no sentido de que o Pacto não derogou o Decreto-Lei nº 911/69, que regulamenta a matéria. Neste sentido a decisão do Pleno do Tribunal no HC 72.131, cuja ementa se transcreve abaixo:

'Habeas corpus'. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.  
- sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988.  
- Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de

alienação fiduciária o disposto no § 7º da Convenção de San José da Costa Rica.  
'Habeas corpus' indeferido, cassada a liminar.

No mesmo sentido: HC 73.044-2; RE 206.482-3; RE 274.183-3; RE 254.544-9; RHC 79.785-7, dentre outros.

Porém, se a questão já era de difícil solução, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe ainda maiores dificuldades ao inserir novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição, gerando novas discussões.

De acordo com o “novo” parágrafo 3º, “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em que pese a suposta boa intenção de resolver as divergências acima apontadas em torno do parágrafo 2º, *o tiro acabou saindo pela culatra*, trazendo à nova disposição uma série de questionamentos, principalmente por parte da doutrina majoritária, que sempre entendeu que os tratados de direitos humanos já eram normas materialmente constitucionais em virtude do parágrafo 2º, independentemente do que possa dispor o parágrafo 3º.

Assim, não faz sentido, para essa corrente, que os novos tratados que não forem aprovados com o *quorum* qualificado de três quintos venham a ser classificados como normas infraconstitucionais, o mesmo ocorrendo com relação aos tratados aprovados antes da edição da Emenda.

Valério de Oliveira Mazzuoli foi quem, em nossa opinião, melhor tratou o assunto.<sup>1</sup>

O autor chama a atenção para as várias incongruências trazidas pelo parágrafo 3º, como, por exemplo, o fato de que, a prevalecer a tese de que os tratados não aprovados na forma ali prevista têm caráter de norma infraconstitucional, o Congresso Nacional passará a ter a discricionariedade de escolher quais tratados terão eficácia de normas constitucionais e quais serão equivalentes às leis ordinárias, pois poderá, a qualquer tempo, submetê-los ao processo qualificado.

“O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talento, decidir qual a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros [...]”. (MAZZUOLI, 2008, p.756).

Na visão de Mazzuoli, o que o parágrafo 3º fez foi apenas dispor que os tratados de direitos humanos que venham a ser agora aprovados com *quorum* qualificado passarão a ter *status* de normas formalmente constitucionais, além do caráter de

<sup>1</sup> Vide, além da obra citada na bibliografia, artigo do autor publicado na Revista Forense 378, p. 89-109, republicado na Revista da Ajuris 98, p. 303-331 e na Revista de Informação Legislativa 167, p. 93-114.

normas materialmente constitucionais que já possuem por força do parágrafo 2º.

Enfim, apesar da confusão gerada pela inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, o STF parece dar sinais de mudanças relativamente ao tema da prisão do depositário infiel.

No RE 466.343 (cf. Informativo do STF 449), o Ministro Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de que os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil têm o caráter de normas supraleais.

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo senhor Ministro Gilmar Mendes, pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.11.2006.

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, que pedira vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.12.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008.

Mais recentemente, como se pode perceber no julgamento do HC 87.585, transcrito no início deste trabalho, vários ministros acompanharam esse entendimento, sendo que outros deram um passo ainda maior, considerando que tais tratados têm natureza de norma constitucional.

## 2. Conclusão

Ficam, assim, de acordo com a maioria, que entendeu ter o Pacto de São José da Costa Rica caráter supralegal, derogadas as disposições do Decreto-Lei nº 911/69, no que concerne à possibilidade de prisão do depositário em alienação fiduciária.

Assim fazendo, parece ter sinalizado o Supremo Tribunal Federal que o Brasil caminha, em matéria de incorporação de tratados de direitos humanos, ao encontro do que há de mais moderno nas Constituições em todo o mundo. ♦

## 3. Referências bibliográficas

LIMA, Éric Alexandre Lavoura. A incorporação de Tratados de Direitos Humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 200-236, nov/dez. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição brasileira e os tratados de direitos internacionais de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 15, n. 59, p. 286-326, abr/jun.2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.